

La procédure de pré-notification

LES TRAVAUX DE L'AFEC : AGIR SUR LA PRÉ-NOTIFICATION POUR REDONNER SENS À L'ACCUSÉ DE COMPLÉTUDE

Nathalie JALABERT-DOURY

Avocat, Mayer Brown, Paris

Coreponsable du groupe de travail AFEC sur la révision des lignes directrices

1. L'Association française d'étude de la concurrence rassemble des adhérents de professions diverses (magistrats, membres ou agents des autorités, entreprises, avocats, professeurs et chercheurs) pour échanger idées et expériences sur le droit de la concurrence dans ses aspects juridiques tout autant qu'économiques. Aux termes de ses statuts, elle a notamment pour objet d'étudier toutes modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

2. À l'occasion de l'assemblée générale de l'AFEC du 13 juin 2012, le président de l'Autorité de la concurrence a présenté le bilan des trois premières années d'exercice du contrôle des concentrations par l'Autorité. Le président Lasserre a annoncé à cette occasion que l'Autorité travaillait à une révision des lignes directrices pour tenir compte de l'expérience ainsi acquise et il a invité l'AFEC à contribuer à ces travaux, comme elle l'avait déjà fait à l'occasion de la publication des précédents projets de révision des lignes directrices¹.

3. Un groupe de travail a été constitué au sein de l'Association² pour développer des pistes de réflexion sur les principaux thèmes évoqués lors de cette Assemblée générale, dont celui de la procédure.

I. La pré-notification dans la procédure française de contrôle des concentrations

4. La pré-notification n'est pas évoquée par les dispositions législatives ou réglementaires françaises relatives au contrôle des concentrations. Elle est néanmoins pratiquée de longue date et brièvement décrite dans les lignes directrices depuis leur introduction en 2007.

5. La pré-notification permet de réduire le risque de difficulté dans le cadre de la phase d'examen simplifié des projets de concentrations. La courte durée de cette phase (cinq semaines) suppose en effet d'avoir traité au maximum en amont les questions de méthodologie (délimitation des marchés pertinents, calcul des parts de marché, filtres éventuels, etc.) et permis au(x) rapporteur(s) – qui ne sont

pas spécialisés par secteur économique – de se familiariser avec le dossier et le secteur concerné. À défaut, l'Autorité est susceptible de ne pas pouvoir de se prononcer dans les délais et de déclarer l'incomplétude de la notification ou d'engager une phase d'examen approfondi.

6. En 2009, alors que le contrôle des concentrations venait tout juste de lui être confié par la loi LME, l'Autorité a largement reproduit les lignes directrices de la DGCCRF sur ce point. La phase de pré-notification est décrite comme facultative et déclenchée par l'envoi d'une présentation de l'opération ou d'un projet de notification. L'Autorité y a ajouté que des réunions de pré-notification pouvaient s'avérer particulièrement utiles lorsque les parties envisagent de joindre des études économiques *ad hoc* à leur dossier de notification afin de pouvoir échanger en amont sur la méthodologie proposée³.

7. Ce faisant, l'Autorité de la concurrence s'est inscrite dans la tendance majoritaire des autorités de concurrence ayant mis en place une phase de pré-notification, ainsi que le recommandent les *Guiding Principles* de l'*International Competition Network*⁴.

8. Parmi ces autorités, la Commission européenne a mis en place l'une des organisations les plus abouties et les plus institutionnalisées de pré-notification. Les *Best Practice Merger Guidelines* donnent un premier aperçu de la densité de cette phase du contrôle au niveau européen⁵. La pratique est encore plus prononcée: la pré-notification est devenue systématique pour une durée de plusieurs semaines à plusieurs mois et ponctuée d'envois de projets successifs de notification, de réunions avec l'équipe chargée du dossier, de volumineuses listes de questions, d'échanges de données économiques, de visites de sites industriels, etc.

9. Si la durée de cette phase et les ressources qu'elle mobilise sont très importantes, il n'en reste pas moins que les parties notifiantes reçoivent un accusé de réception dès le dépôt de la notification, sous réserve qu'aucune omission ne soit découverte ultérieurement. De fait, les déclarations d'incomplétude sont rares.

1 Voir notamment "Observations de l'AFEC sur le projet de nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations" du 24 septembre 2009.

2 Le groupe de travail est coanimé par Francesco Rosati, RBB Economics et moi-même.

3 Lignes directrices 2009, points 116 à 121.

4 Principe VC (2003).

5 Best Practice on Merger Control Proceedings, 20 janvier 2004.

II. Diversité des cas et des expériences de pré-notification

10. Le premier constat qu'a pu faire le groupe de travail est l'extrême diversité des expériences vécues en matière de pré-notification.

11. À une extrémité du spectre, certaines opérations ne nécessitant pas de pré-notification ou une pré-notification légère ont pu être traitées comme telles et permettre d'obtenir une décision d'autorisation dans des délais très brefs après la première prise de contact avec l'Autorité. Tel est notamment le cas des opérations relevant de la procédure simplifiée (opérations du commerce de détail relevant du seuil abaissé, opérations de fonds d'investissement n'entraînant aucun chevauchement ou lien horizontal, vertical ou congloméral), en particulier lorsque l'entreprise ou le fonds concerné dépose régulièrement des notifications, dont le contenu est donc d'ores et déjà largement figé pour correspondre aux attentes de l'Autorité. La durée moyenne de délivrance de ces décisions simplifiées est de 17 jours ouvrés, le cas échéant sans pré-notification préalable.

12. À l'autre extrémité, certaines opérations de concentration ont fait l'objet de démarches de pré-notification très en amont et d'échanges nourris avec le(s) rapporteur(s) chargés du dossier, à la suite desquelles la notification a été déposée. Ce n'est pourtant qu'après ce dépôt que des questions de complétude ont surgi, qui ont retardé le processus de plusieurs semaines, voire même de plusieurs mois, y compris sur des questions connues depuis l'origine concernant les parties ou la structure de l'opération.

13. Par ailleurs, certains membres ont signalé avoir rencontré des phases de pré-notification particulièrement longues, qui se bloquent parfois pendant plusieurs semaines sur des aspects plutôt classiques de contrôle ou, plus simplement encore, du fait de la charge de travail par ailleurs du(des) rapporteur(s) concerné(s).

14. Plus largement, le processus de désignation du(des) rapporteur(s) est considéré comme difficile à suivre de l'extérieur. Il peut être quasi instantané ou prendre plusieurs jours. Des relances téléphoniques sont parfois nécessaires, et l'identité du(des) rapporteur(s) n'est le plus souvent communiquée qu'oralement.

15. Une des raisons à l'origine d'une telle diversité de situations réside dans la grande variété des notifications traitées par l'Autorité de la concurrence puisque les seuils, particulièrement bas, peuvent concerner par exemple l'acquisition d'un seul ou de plusieurs centaines de points de vente.

III. Pistes d'amélioration en cours d'examen

16. Cette diversité des situations rend particulièrement délicate l'élaboration de recommandations, l'objectif n'étant évidemment pas de normaliser un traitement qui s'appliquerait à tous les cas d'espèce ni à rigidifier ce processus de discussion informelle. Les recommandations à l'étude relèveraient donc plus de "bonnes pratiques" générales, à adapter aux spécificités de chaque cas. Elles pourraient trouver leur place soit dans les lignes directrices elles-mêmes, soit dans un document séparé.

1. Caractère facultatif de la pré-notification

17. Les lignes directrices prévoient d'ores et déjà le caractère facultatif de la pré-notification. Il est important que ce caractère facultatif ne soit pas une clause de style, comme c'est devenu le cas au niveau européen.

18. De très nombreuses opérations notifiées auprès de l'Autorité ne nécessitent aucune pré-notification. Tel est le cas, notamment, des opérations récurrentes de fonds d'investissement, des notifications réalisées sur la base du seuil abaissé dans le domaine du commerce de détail, ainsi que des opérations sans chevauchement horizontal, vertical ou congloméral.

19. Toute modification ou nouveauté dans la pratique de l'Autorité devrait donc préserver la possibilité effective des entreprises notifiantes de procéder à une notification sans pré-notification préalable.

2. Démarrage de la phase de pré-notification

20. Pour la majorité des dossiers faisant l'objet d'une pré-notification, le service des concentrations sollicite systématiquement l'envoi d'un projet de notification avant l'attribution du dossier au(x) rapporteur(s) concerné(s) et, ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, le processus de désignation du(des) rapporteur(s) est par ailleurs difficile à suivre de l'extérieur.

21. Dans ces conditions, il pourrait être envisagé de ne pas attendre l'envoi d'un projet de notification et de déclencher la pré-notification plus en amont, sur la base d'une demande de désignation de rapporteur(s)⁶. Cette demande définirait les grandes lignes du projet d'opération, contiendrait une analyse sommaire de ses effets concurrentiels et énoncerait sous quel régime les parties proposent de se placer (notification simplifiée ou non).

⁶ Cf. le modèle de *case team allocation request* utilisé dans la procédure européenne http://ec.europa.eu/competition/contacts/mergers_mail.html.

22. Le processus de désignation de rapporteur(s) pourrait être organisé sur cette base et leur identité être communiquée aux entreprises notifiantes à très bref délai après réception de la demande. À cette occasion, il pourrait également être utile que les autres intervenants au sein de l'Autorité soient nommés (membres du service économique dans les cas qui le justifient, chef de service et/ou adjoint au chef de service suivant plus particulièrement le dossier, etc.).

23. Cette désignation d'équipe ne pourrait inclure le conseiller auditeur, dont l'intervention n'est pas prévue aujourd'hui dans le cadre du contrôle des concentrations⁷. En revanche, il apparaîtrait opportun d'inclure systématiquement le membre référent du collègue qui serait désigné *ab initio* pour suivre cette notification. Cela permettrait à l'entreprise notifiante de solliciter sa présence pour les réunions destinées à fixer des points structurants (délimitation des marchés, cadre méthodologique, etc.). Ce membre référent pourrait également être saisi en cas de difficulté procédurale. (question : dans combien d'affaires, cela arrive-t-il ? cela me semble rare)

24. La procédure de contrôle des concentrations n'étant pas contrainte en phase 1 par les principes de séparation des fonctions et d'impartialité objective⁸, de telles modalités renforceraient assurément la transparence et l'efficacité de la phase de pré-notification.

25. Évidemment, cette équipe large une fois désignée aurait vocation à évoluer, notamment en fonction de la durée de la procédure, mais elle offrirait une base de départ aux parties notifiantes et au(x) rapporteur(s) pour permettre de traiter rapidement et efficacement toute difficulté rencontrée.

3. Efficacité de la phase de pré-notification

26. La constitution d'une équipe large devrait permettre de renforcer l'efficacité de la phase de pré-notification et de réduire les cas d'incomplétude ou de demande d'application de méthodes alternatives une fois la notification déposée.

27. La Commission européenne a ainsi développé une méthodologie de revue des projets de notification qui est particulièrement homogène au sein des unités chargées du traitement des notifications de concentrations. En cinq jours ouvrés, les équipes sont en mesure d'organiser une revue de détail des projets qui leur sont soumis et de revenir vers les parties notifiantes avec des questions précises.

28. Il pourrait être opportun pour l'Autorité d'évoluer vers une telle "méthodologie" tout en tenant compte du fait que la taille des opérations et les formulaires de notification eux-mêmes ne sont pas comparables dans les deux régimes.

29. Cela rendrait le processus de pré-notification plus transparent et plus efficace, dans l'intérêt de toutes les parties en présence, cet investissement en amont des services de l'Autorité permettant de diminuer leur charge de travail après dépôt de la notification formelle.

30. Ces différentes mesures permettraient par ailleurs de redonner un sens à l'attestation de complétude prévue par l'article R. 430-2 du code de commerce, qui a aujourd'hui perdu toute utilité pour les parties notifiantes puisqu'elle n'est délivrée que quelques heures avant la décision d'autorisation elle-même. L'AFEC suggérera que cette attestation soit délivrée à bref délai à réception de la notification, quitte à ce qu'elle soit accompagnée d'une réserve en cas de constatation postérieure d'éléments d'incomplétude essentiels pour l'appréciation de l'opération. ■

⁷ Article L. 461-4, alinéa 4, du code de commerce.

⁸ La nature de la procédure en phase 1 est encore largement indéfinie, mais la procédure de phase 1 ne peut donner lieu à l'application d'une sanction ni à l'adoption d'une décision d'interdiction.